

Universidades Lusíada

Sousa, António Francisco de, 1956-

«Margem de apreciação» e Estado de direito

<http://hdl.handle.net/11067/4874>

Metadata

Issue Date	1995
Keywords	Estado de Direito
Type	article
Peer Reviewed	yes
Collections	[ULL-FD] Polis, n. 02 (1995)

This page was automatically generated in 2020-03-05T06:45:40Z with
information provided by the Repository

«MARGEM DE APRECIÇÃO» E ESTADO DE DIREITO

SUMÁRIO:

1. Doutrina tradicional da margem de apreciação
2. Restrição substancial da margem de apreciação
 - a) Domínios de restrição da margem de apreciação
 - a1) Escritos que indiciam perigo para a juventude
 - a2) Direito dos exames
 - a3) Esgotamento da capacidade de uma escola superior
 - b) A jurisprudência do BVerwG de 9.12.1992 e de 24.2.1993 (matéria de exames)
 - c) Direito do examinando à «margem de resposta»
 - d) Limites do actual controlo jurisdicional das «decisões de exame»
 - e) Recusa da margem de apreciação quando esta colida com direitos fundamentais (intensidade do controlo — intensidade da intervenção — BVerfG, ac. de 27.11.1990).

1. DOCTRINA TRADICIONAL DA MARGEM DE APRECIÇÃO

A doutrina da «margem de apreciação» (*Beurteilungsspielraum*) é, como sabemos, de origem alemã, tendo surgido nos anos cinquenta (1955) pela mão de O. BACHOFF, logo ganhando muitos adeptos que por vezes introduziram algumas nuances (como JESCH e ULE). Segundo esta doutrina, a aplicação (e não a interpretação) de conceitos altamente indeterminados, pelo seu carácter altamente pessoal ou pela insusceptibilidade de repetição das situações, atribuída ao aplicador administrativo uma prerrogativa (*privilegio*) de apreciação ou, como ficou mais conhecida, uma *margem de*

(*) Docente Universitário. Mestre em Direito

apreciação que o tribunal administrativo deveria respeitar, não controlando no caso de vir a ser interposto recurso contencioso. Esta *margem de apreciação* só existia na aplicação de conceitos altamente indeterminados *em certas áreas do direito administrativo*. Os tribunais administrativos alemães, que desde a II Guerra Mundial exerciam um *controlo total* ou *pleno* da aplicação de todo o tipo de conceitos indeterminados, qualquer que fosse a área, acabaram por reconhecer a *doutrina da margem de apreciação*, em 1971, com a conhecida *Jugendgefährdungsurteil* (onde o BVerwG se recusou a controlar se uma revista dita pornográfica era de natureza a *causar perigo para a juventude*, concluindo que tal apreciação pertencia a uma *zona de apreciação da Administração* na qual os tribunais não deviam penetrar, sob pena de interferirem em funções tipicamente administrativas). Esta jurisprudência de reconhecimento de uma *margem de apreciação* em tais condições viria a ser paulatinamente aceite por todos os tribunais administrativos alemães, contudo apenas em certas áreas que foram sendo especificadas com o tempo e que são: decisões definitivas de avaliação de capacidade (profissional, escolar, etc.); decisões idênticas às decisões de avaliação de capacidade mas que não têm o carácter de avaliação final, como é o caso da nota de uma frequência na universidade (¹); apreciação do mérito de funcionários pelos seus superiores; decisões de comissões de peritos de avaliação (como foi o caso da referida decisão do BVerwG, de 1971); e, finalmente, *decisões de enformação* onde o *jurídico* convive muito próximo do *político* (especialmente no domínio da *planificação administrativa*, por exemplo saber da necessidade e vantagens da construção de uma estrada ou de um hospital).

A jurisprudência da *margem de apreciação* manteve-se reconduzida à aplicação de conceitos altamente indeterminados nas áreas referidas, com o apoio da generalidade da doutrina alemã, tendo ultrapassado mesmo as fronteiras da Alemanha e sido acolhida em muitos países, entre os quais

(¹) As fronteiras clássicas do controlo jurisdicional das *valorações pedagógico-científicas* no domínio do «direito de exame» (*Prüfungsrecht*) foram estabelecidas já em 1959 pelo BVerwG nos seguintes termos:

«O juiz controla se o examinador partiu de falsos factos, se não respeitou princípios gerais de valoração ou se deixou orientar-se por *considerações estranhas*. Segundo aquele tribunal, o ordenamento jurídico apenas impunha estes limites. Dentro deste quadro movimentar-se-iam os professores e examinadores segundo o seu «saber e a sua convicção» (*Wissen und Gewissen*) (BVerwGE 8, 272, 274).

Portugal, embora no nosso caso com muitas nuances. Contudo, esta teoria nunca deixou de ter os seus contestatários, conforme com detalhe referimos no nosso estudo *A Discricionarietà Administrativa* (1987, espec. p. 92 ss. e 320 ss.), entre os quais nos situamos. Efectivamente, já em 1986 contestamos claramente esta figura, a sua falta de fundamento científico e a sua incoerência, as dúvidas que deixa em aberto e até mesmo a sua inconstitucionalidade. Para nós, a *margem de apreciação* enquanto margem de liberdade da Administração não existe (desde logo porque seria inconstitucional). Por isso, mesmo nestas situações de valoração a Administração mantém-se vinculada, sendo portanto o controlo jurisdicional de tais valorações, em princípio, *total* ou *pleno*, admitindo-se apenas que face ao caso concreto o juiz possa, por falta de provas ou de objectividade das situações, recuar, no estritamente necessário, o seu controlo. Efectivamente, no nosso trabalho *Das Ermessen der Verwaltungsbehörde im Europäischen Kontinentalsystem* (Freiburg — RFA — 1986), escrevemos: «não estamos perante uma decisão livre na valoração dos elementos concretos. Aqui a autoridade não age segundo o livre critério, mas deve decidir-se apenas pela valoração correcta» (p. 320). E, numa outra passagem: «No lado do *Tatbestand* da norma verifica-se sempre apenas uma constatação de factos ou circunstâncias existentes (como a urgência, o perigo, a necessidade, a aptidão, a idoneidade, etc.). A «constatação, mesmo de valores, como por exemplo da idoneidade (...), é sempre vinculada. Quando a autoridade declara que o candidato é idóneo, limita-se a constatar uma qualidade existente (...). Na constatação estamos apenas perante uma única decisão correcta, de modo que (...) não podemos falar de decisão livre». Esta posição veio a ser reafirmada no nosso estudo *A Discricionarietà Administrativa* (Lisboa 1987, p. 327 s.), onde dedicamos um capítulo a uma «proposta para a limitação do conceito de discricionarietà administrativa à “liberdade de escolha entre várias condutas igualmente possíveis” (*Auswahlermessen*)», excluindo portanto qualquer discricionarietà no *Tatbestand* legal (portanto, também na *valoração*) (p. 311 ss.). Importa salientar que nesta obra sustentamos que a discricionarietà, e por maioria de razão a margem de apreciação, está excluída do domínio dos direitos fundamentais (entenda-se quanto ao seu *núcleo essencial*), como resulta claramente da seguinte passagem: «Além disso, o reconhecimento de um poder discricionário a favor da autoridade para a declaração da idoneidade seria inconstitucional, pois em causa está um direito fundamental, domínio em que, por

princípio, se deve entender estar excluído o exercício da discricionarie-
dade» (ob. cit., p. 328).

Ora, no sentido da nossa posição, que então foi muito contestada tanto na doutrina, como na jurisprudência, surgiu na Alemanha recentemente importante jurisprudência, primeiramente pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), em 1991, e desde então pelos tribunais administrativos em geral, com particular destaque para o BVerwG. A doutrina daquele país tem aderido sem reservas à nova jurisprudência ⁽²⁾.

(2) As decisões do BVerfG que estiveram na origem desta alteração profunda da jurisprudência, aceite pelos tribunais administrativos, foram a sentença de 27.11.1990 (NJW 1991, 1471 ss.) e duas sentenças de 17.4.1991 (NJW 1991, 2005 e NJW 1991, 2008, também publicadas na DVBl 1191, 801 e 805). Estas sentenças do BVerfG, pelo seu grande significado e efeito prático, despertaram a atenção da doutrina, tendo surgido de imediato fortes reacções nos mais diversos sentidos, mas no geral aplaudindo o entendimento do Tribunal Constitucional Federal. De entre as reacções da doutrina, destacamos: K. REDEKER, «Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrollrechte verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung», NVwZ 1992, 305 ss.; P. BECKER, «Überlegungen zur "Neuzit des Prüfungsrechts"», NVwZ 1993, 1129 ss.; O. REIDT, «Behördlicher Beurteilungsspielraum und Grundrechtsschutz», DÖV 1992, 916 ss.; F. SEEBASS, «Eine Wende im Prüfungsrecht?», NVwZ 1992, 609 ss.; S. MUCKEL, «Neues zum Rechtsschutz gegenüber Prüfungsentscheidungen — BVerfG, NJW 1991, 2005 und 2008», JuS 1992, 201 ss.; W. ERBGUTH, «Anmerkungen zum administrativen Entscheidungsspielraum», DVBl. 1992, 398 ss. Cfr. ainda sobre esta nova jurisprudência NIEHUES, NJW 1991, 3001; THEUERSBACHER, BayVBl. 1991, 649; F. KOPP, DVBl 1991, 989; RUX, MDR 1991, 711; HUFEN, JuS 1992, 252; WÜRKNER, NVwZ 1992, 309; BREHM-ZIMMERLING, NVwZ 1992, 304; ROZEK, NVwZ 1992, 343; BREHM, RdJ 1992, 87; PIETZCKER, JZ 1991, 1084; WORTMANN, NWVBl 1992, 304, *Idem*, NWVBl. 1993, 324. Sobre o controlo jurisdicional em matéria de exames, cfr. ainda P. BECKER, *Prüfungsrecht*, 1988; NIEHUES, *Schulund Prüfungsrecht*, 2.^a ed. 1983, GUHL, *Prüfungen im Rechtsstaat*, 1978 e BIRKEL, *Mündliche Prüfungen*, 1978. Cfr. ainda SCHERZBERG, NVwZ 1992, 31; RUBEL, JA 1991, 309, V. MUTIUS-SPERLICH, DOV 1993, 45 ss.; ASSMANN/GROSS, NVwZ 1993, 617 ss. Cfr. também, na linha desta nova jurisprudência as sentenças do BVerfG, de 10.10.1991, NVwZ 1992, 657 e as decisões do BVerwG de 9.12.1992, NVwZ 1993, 677 ss. e de 24.2.1993, NVwZ 1993, 682 ss; 686 ss. e 689 ss. Veja-se ainda nesta linha, com o maior interesse, OVG NW, ac. de 14.8.1991, DVBl. 1992, 1049; OVG NW, ac. de 4.12.1991, DVBl 1992, 1050; OVG NW, ac. de 4.12.1991, DVBl. 1992, 1051 ss.; OVG NW, ac. de 26.2.1992, DVBl. 1992, 1054 ss.; BVerwG, ac. de 30.6.1992, DVBl. 1993, 47 ss.; BVerwG, ac. de 22.7.1992, DVBl. 1993, 49 ss.; BVerwG, ac. de 14.10.1992, DVBl. 1993, p. 52 ss.; VGH badWürtt. ac. de 28.9.1992, DVBl. 1993, 53 ss.; BayVGh, ac. de 25.3.1992, DVBl. 1993, 55 ss.; OVG NW, ac. de 21.5.1992, DVBl. 1993, 58 ss., OVG NW, ac. de 16.7.1992, DVBl. 1993, 63 ss., entre muitas outras. Cfr. também BVerfG, ac. de 16.10.1991, NVwZ 1992, 55.

2. RESTRIÇÃO SUBSTANCIAL DA MARGEM DE APRECIACÃO

A teoria da *margem de apreciação*, nos termos acima descritos, manteve-se até 1990 mais ou menos inalterada pela jurisprudência administrativa e constitucional (que por vezes a reconheceu expressamente) ⁽³⁾, tendo sido apoiada pela generalidade da doutrina alemã e de muitos outros países. Em 1990, uma decisão do BVerfG, de 27 de Novembro, viria a exercer um *controlo total* no domínio da questão de saber se determinados escritos *são aptos a causar prejuízo para a juventude* (precisamente o domínio em que em 1971 o BVerwG reconheceu pela primeira vez a doutrina da margem de apreciação), indo pois claramente contra a jurisprudência tradicional que reconhecia neste domínio *uma margem de apreciação* do órgão administrativo (neste caso a *Bundesprüfstelle*), insusceptível de controlo jurisdicional. Porém, muito mais incisivas foram duas decisões do mesmo BVerfG de 17.4.1991, onde aquele tribunal exigiu, entre outras coisas da maior relevância, uma *protecção jurisdicional efectiva dos direitos fundamentais* mesmo nos domínios, como o direito dos exames, em que tradicionalmente era reconhecida a margem de apreciação. Finalmente, em 22 de Outubro de 1991, o BVerfG exigiria um controlo total da capacidade de admissão de uma escola superior, domínio este em que tradicionalmente também era reconhecida a margem de apreciação. Estas decisões foram secundadas por outras do mesmo tribunal e já foram pacificamente aceites (e aprofundadas) pelos tribunais administrativos, em inúmeras decisões das

⁽³⁾ Nos últimos vinte anos foram muitos os casos de recurso interpostos para o Tribunal Constitucional Federal sobre a constitucionalidade da figura da «margem de apreciação» (*Beurteilungsspielraum*). Nalguns casos o BVerfG reconheceu expressamente aquela figura. Foi o que aconteceu no direito da função pública quanto à margem de apreciação do órgão de admissão e promoção de funcionários. Por exemplo, concluiu o BVerfG num dos seus acórdãos: «Para o recurso de anulação é válido o mesmo princípio que os tribunais administrativos desenvolveram para os casos em que uma apreciação (resultados de exame, apreciação de serviço, etc.) é objecto de controlo jurisdicional. Na medida em que o órgão de colocação decide no âmbito da sua *margem de apreciação* (*Beurteilungsspielraum*), o controlo jurisdicional está limitado à questão de saber se o órgão partiu de uma base pontual errada e se ele desconheceu os limites impostos pelo direito da função pública e pelo direito constitucional em que ele se pode mover livremente. Aliás, o controlo (...) está limitado ao controlo da arbitrariedade; aqui o tribunal não pode substituir a apreciação feita pela sua própria apreciação» (BVerfGE 39, 334, 354). Ora, esta jurisprudência é formalmente negada pela nova jurisprudência do mesmo tribunal iniciada, como vimos, em 27.11.1990.

quais se destacam os seguintes acórdãos do BVerwG de 30.6.1992 (DVBl. 1993, 47) e de 27.7.1992 (DVBl. 1993, 49), de 14.10.1992 (DVBl. 1993, 52) e as decisões do OVG NW de 21.5.1992 e de 16.7.1992 (in, respectivamente, DVBl. 1993, p. 58 ss. e 63 ss.).

a) Domínios de restrição da margem de apreciação

Hoje é entendimento pacífico que as conclusões a que chegou o BVerfG nas decisões referidas se aplicam de forma genérica a todos os domínios em que tradicionalmente era reconhecida a margem de apreciação. No entanto, reveste-se de todo o interesse analisar sumariamente as três primeiras decisões do BVerfG e os seus principais argumentos nos três domínios que estiveram em questão: indicição de escritos para causar perigo para a juventude; direito dos exames e planificação administrativa.

a1) Escritos que indiciam perigo para a juventude

Na sua decisão de 27.11.1990 (NJW 1991, 1471 ss.) o BVerfG concluiu pela insustentabilidade da sua até então jurisprudência de reconhecimento de uma margem de apreciação a favor do Departamento Federal de Exames (*Bundesprüfstelle*) na apreciação da indicição de escritos para causar perigo para a juventude. Segundo aquele tribunal, tais apreciações devem cair sob o controlo total dos tribunais administrativos. Isto porque é necessário que seja reposta a «*concordância prática*» ou seja o *equilíbrio entre posições conflitantes garantidas na Constituição*, como é o caso da liberdade artística e da protecção da juventude. Este *equilíbrio* de posições constitucionalmente garantidas mas opostas necessita de uma ponderação orientada às respectivas posições, ao seu significado e relevância no caso concreto, ponderação essa que deve ser feita segundo os critérios impostos pelos direitos fundamentais (*grundrechtsgebotenen Kriterien*). Na medida em que tais critérios vinculam não apenas a *Bundesprüfstelle* mas também os tribunais, não devem estes recuar o seu controlo de modo a não examinar a questão de saber se a indicição para causar perigo para a juventude é compatível com a liberdade artística. Por este motivo, os tribunais não

devem reconhecer à *Bundsprüfstelle* uma margem de apreciação só limitadamente sujeita ao seu controlo ⁽⁴⁾.

a2) Direito dos exames

Em duas decisões de 17.4.1991 (NJW 1991, 2005 ss. e 2008 ss.) o BVerfG concluiu que a concretização da liberdade de profissão impõe que a valoração de uma prova de exame (por exemplo, de direito ou de medicina) recaia sob um maior controlo jurisdicional do que aquele que tradicionalmente era praticado. Em tais situações *deve ser reconhecido ao examinando uma efectiva protecção jurídica dos seus direitos fundamentais e do seu acesso à justiça (effektiver Gerichts und Grundrechtsschutz)*, não podendo esta protecção ser negada apenas com o fundamento de que a valoração de uma prova de exame é da competência exclusiva da comissão de exame. O BVerfG baseou a sua argumentação na garantia constitucional dos direitos fundamentais (neste caso, a liberdade de profissão). Segundo o BVerfG, os direitos fundamentais impõem, também em vista de futura profissão, um *efectivo e no seu resultado eficaz controlo jurisdicional*. Em suma, as decisões do BVerfG de 17.4.1991 significam nas suas consequências *que os direitos fundamentais consagrados na Constituição tanto vinculam as autoridades administrativas envolvidas, como os próprios tribunais* ⁽⁵⁾. As *diferenças de opinião* especificamente técnicas entre examinandos e examinadores ou a *sustentabilidade técnica* de uma resposta do examinando devem no futuro ser integralmente controladas pelo tribu-

⁽⁴⁾ O BVerfG controlou no seu ac. de 20.10.1992 se a «crueldade e outras violências desumanas contra seres humanos» de um «filme de terror» integrava ou não o pressuposto legal «atitudes cruéis e desumanas de natureza a violar a dignidade humana», tendo concluído, após uma análise detalhada, pela negativa (NVwZ 1193, 254 s.). Idêntico controlo foi exercido pelo BVerwG no seu acórdão de 26.11.1992 (NVwZ 1993, 255), com referência expressa ao ac. do BVerfG de 27.11.1990 (*Mutzenbacher-Entscheidung*) e adopção das suas conclusões.

⁽⁵⁾ Do facto do BVerfG apoiar o alargamento referido do controlo jurisdicional no domínio do direito de exame não no artigo 12 I GG, mas no artigo 19 IV GG, tem uma grande parte da doutrina (entre os quais se destaca F. KOPP, DVBl. 1991, 989 (990) e BECKER, NVwZ 1993, 1129 (1130) concluído e bem, que as teses do BVerfG também são válidas para exames não relacionados com a profissão (*nicht berufsbezogene Prüfungen*).

nal, o que significa que a decisão de exame tomada pela Administração cai na sua substância sob o controlo jurisdicional. No entanto, o próprio BVerfG acabaria por reconhecer a favor da Administração neste tipo de decisões não uma *margem de apreciação*, expressão que repetidamente evita empregar, mas uma *margem de valoração* (*Bewertungsspielraum*), expressão que emprega repetidas vezes, relativamente às «apreciações especificamente de exame ou às questões técnicas com elas *indissociavelmente ligadas*».

a3) Capacidade de uma escola superior

No seu acórdão de 22.10.1991 (NVwZ 1992, 361 ss.), o BVerfG ocupou-se da questão da constitucionalidade do não controlo pleno pelos tribunais administrativos da «capacidade dos estabelecimentos de ensino superior» quando era certo que numerosos candidatos não entravam nessas escolas e eventualmente acabavam por entrar em escolas diferentes das por si escolhidas. Os tribunais administrativos reconheciam tradicionalmente, quanto à questão da capacidade de admissão das escolas superiores, uma margem de apreciação a favor da Administração. Neste acórdão, porém, o BVerfG concluiu que o tipo e o modo de determinação da capacidade estão dependentes de valorações e são por elas determinados. No entanto, destas valorações não resulta para a Administração escolar nenhum *espaço livre ilimitado* (*unbeschränkter Freiraum*), antes a Administração deve respeitar as *exigências de uma ponderação racional* (*Bedingungen rationaler Abwägung*), ou seja, deve assentar a sua valoração em *critérios objectivados e controláveis* (*objektivierten und nachprüfbaren Kriterien für die Kapazitätsermittlung*), critérios esses que devem ser desenvolvidos sob forma normativa e que representam para a Administração escolar simultaneamente um dever de demonstração (fundamentação) (*Darlegungspflicht*). A decisão administrativa que fixa a capacidade não deve ser controlada pelos tribunais apenas quanto à *arbitrariedade e sustentabilidade*, pois um tal controlo não satisfaz as exigências impostas pela liberdade de profissão consagrada na Constituição (artigo 12 IGG e 47.º CRP). Pelo contrário, esta liberdade fundamental exige um controlo preciso das deduções (*Ableitungen*) que estiveram na base do cálculo da capacidade. A *plausibilidade* (sustentabilidade) da decisão deve ser controlada na maior medida possível, sem que reste à Administração ou à autoridade regulamentar um

espaço de livre decisão ou de livre informação inacessível ao controlo jurisdicional.

Em conclusão, dos três acórdãos fundamentais do BVerfG resulta claro que a *garantia de protecção efectiva dos direitos fundamentais* imposta pelo Estado de Direito (art. 2.º CRP) e que vincula simultaneamente o Legislador, a Administração e os Tribunais não pode ser posta em causa sob qualquer pretexto de dificuldade de controlo ou de necessidade de uma *margem de apreciação* da Administração.

e) A jurisprudência do BVerwG de 9.12.1992 e de 24.2.1993 (matéria de exames)

A jurisprudência, sobretudo dos tribunais administrativos, tem vindo paulatinamente a esclarecer algumas das inúmeras questões que ficaram em aberto com os acórdãos referidos do BVerfG.

Da jurisprudência administrativa surgida na sequência dos acórdãos do BVerfG destacam-se dois acórdãos do BVerwG, respectivamente, de 9.12.1992 e de 24.2.1993 (in, respectivamente, NVwZ 1993, 977 ss. e NVwZ 1993, 682 ss., 886 ss. e 689 ss.) que versaram matéria de exame. Podemos sintetizar as conclusões destes dois acórdãos da seguinte forma:

- 1) Para uma protecção efectiva dos direitos fundamentais é indispensável um procedimento de controlo autónomo (próprio) interno da Administração no domínio das questões de exame (NVwZ 1993, 683) ⁽⁶⁾;
- 2) Este controlo autónomo interno da Administração constitui um *necessário factor de equilíbrio do controlo jurisdicional incompleto das decisões de exame*, desempenhando, simultaneamente — em complemento da protecção jurisdicional — uma *função complementar para a concretização do direito fundamental à liberdade de profissão* (NVwZ 1993, 683). Por isso, o procedimento da «reflexão» (*Überdenken*) das decisões de exame deve, na medida

⁽⁶⁾ O BVerfG acentuou o facto do procedimento de valoração (p. ex. no que concerne à escolha dos membros do júri, ao seu número e às suas relações recíprocas, especialmente no caso de diferenças de valoração) dever ser garantido no quadro das *objetividade e neutralidade possíveis*.

em que tal seja necessário para uma efectiva protecção dos direitos fundamentais, ser fixado nos seus aspectos essenciais pelo legislador (NVwZ 1993, 684) ⁽⁷⁾.

No seu ac. de 24.2.1993 o BVerwG alterou a sua anterior jurisprudência e condenou o serviço de exames (*Prüfungsamt*) a reapreciar uma prova jurídica, com observância da *sustentabilidade da solução apresentada pelo examinando*.

O BVerwG foi mesmo mais longe ao fazer novas exigências relativamente às formadas pelo BVerfG em 1991 no que concerne ao procedimento do exame. Assim, *o examinando deve ter a possibilidade de apresentar perante o órgão examinador, atempada e eficazmente, as suas objecções* ⁽⁸⁾ *contra a apreciação que foi feita*

⁽⁷⁾ «O direito do examinando a uma eficaz reclamação contra erros e vícios jurídicos só tem por reverso um dever do examinador de proceder à *reflexão* da sua valoração se forem fornecidas a este «indicações reais» («*wirkungsvolle Hinweise*»), isto é, se as objecções forem *fundadas de forma concreta e exequível* (*konkret und nachvollziehbar begründet*). Para tal, não é suficiente que o examinando se insurja em termos gerais contra uma determinada valoração da sua prova de exame e invoque em termos globais uma correcção excessivamente rigorosa. Antes pelo contrário, ele deve apresentar concretamente os pontos em que a correcção padece, em sua opinião, de vícios de valoração (*Bewertungsfehler*), de modo a formular *objecções substantivas* contra os comentários e valorações do examinador». O BVerwG acrescenta ainda que se o examinando argumenta por exemplo que uma resposta que foi considerada errada é na *realidade sustentável* (...), deverá concretizar a sua afirmação com referência expressa às respectivas bases de sustentação (BVerwG, ac. de 24.2.1993, NVwZ 1993, 682 ss., 683).

⁽⁸⁾ O BVerwG concluiu num dos seus acórdãos de 24.2.1993 (NVwZ 1993, 686) que no caso de uma prova de exame ter sido valorada de forma viciada (*rechtsfehlerhaft*) (por exemplo uma resposta *sustentável* ter sido considerada errada), o primeiro examinador, ou seja, o júri de exame anteriormente constituído é em princípio competente para proceder à necessária reapreciação (revisão) da prova. No entanto, a revisão de uma prova de exame deve ser efectuada por novos examinadores (ou novo júri de exame) quando os primeiros examinadores já tenham concluído pela não alteração da nota. Neste acórdão, concluiu ainda o BVerwG que a reapreciação da prova de exame com base em *reclamações fundadas* do examinando não deve levar a uma nota mais baixa que a anteriormente obtida.

No mesmo acórdão de 24.2.1993 8NVwZ 1993, 686 ss. [688] concluiu ainda o BVerwG que o resultado da valoração de uma prova de exame não deve todavia ser piorada através de uma nova valoração, que tenha de ser feita devido à ilegalidade da primeira valoração. Efectivamente, concluiu o tribunal, uma nota mais baixa na reapreciação da prova violaria o princípio da igualdade de oportunidades consagrado na Constituição. Segundo o BVerwG, um examinador que cometeu um erro de valoração não deve numa eventual reapreciação alterar os seus critérios pelos quais ele, no quadro

do seu exame, para que o examinador possa reflectir (Überdenken) sobre a apreciação feita. Este direito à Überdenken do examinador fundamenta-se desde logo no facto da protecção jurídica do tribunal ser necessariamente incompleta. O défice de controlo jurisdicional deve ser compensado com um direito à reflexão (Überdenken) ainda no âmbito do procedimento de exame ⁽⁹⁾.

Assim, o BVerwG decidiu que considerando o significado essencial, relativamente ao direito fundamental da liberdade de

da sua margem de valoração, procedeu à valoração da prova de exame. Antes pelo contrário, ele deve complementar a sua valoração corrigindo as valorações efectuadas erroneamente e proceder às novas valorações. Isto exclui uma pioria de nota porque se a valoração viciada se apresenta com desvantagem para o examinando, a necessária correcção deste vício de valoração só pode em princípio conduzir a uma valoração melhor ou igual à anteriormente feita.

⁽⁹⁾ O BVerwG concluiu no seu acórdão de 24.2.1993 (NVwZ 1993, 683) que o examinando deve ter a possibilidade de apresentar as suas objecções atempada e eficazmente (*«rechtzeitig und wirkungsvoll»*) contra as valorações das suas provas de exame efectuadas pela autoridade examinadora, a fim de deste modo conseguir uma «reflexão» (*Überdenken*) das valorações que tome em consideração as objecções. Este direito do examinando existe adicionalmente ao seu direito à *protecção jurídica dos tribunais*, conforme consta do artigo 19 IV GG. O controlo jurisdicional da decisão de exame esbarra todavia com limites — como concluiu o BVerfG (BVerfGE 84, 34 [45, 52 ss.]) —, porque o procedimento de valoração é determinado por numerosos imponderáveis (*Unwägbarkeiten*) que só muito dificilmente e apenas em parte se deixam apreender num processo contencioso administrativo; de modo particular, a apreciação igualitária de todos os candidatos imposta pelo princípio da igualdade de oportunidades (*Grundsatz der Chancengleichheit*) só é alcançável na base das experiências e pontos de vista pessoais dos examinadores participantes, quando o órgão examinador (melhor, os examinadores envolvidos) possua relativamente às valorações especificamente de exame uma *margem de decisão* (*wenn den Prüfungsbehörden (...) bei prüfungsspezifischen Wertungen ein Entscheidungsspielraum verbleibt*) e assim o controlo jurisdicional venha a ser limitado. Precisamente nesta medida, *o procedimento de controlo autónomo interno da Administração constitui um equilíbrio indispensável para o controlo incompleto das decisões de exame pelos tribunais administrativos e preenche assim simultaneamente — em complemento à protecção jurídica contenciosa — uma função complementar na concretização do direito fundamental à liberdade de profissão* (BVerfGE 73, 280 [296]).

Para que o *procedimento de «reflexão» (Überdenken)* da decisão de exame possa realmente preencher o seu fim de proteger de *forma efectiva* o direito fundamental à liberdade de profissão do examinando, deve ser garantido de modo a que os examinadores fundamentem suficientemente e por escrito as valorações que fazem das provas de exame; o examinando deve poder ter acesso aos seus actos de exame através da transcrição em acta de exames orais (ou gravação magnética) e de observações de correcção nos trabalhos escritos, de modo que as objecções substantivadas suscitadas pelos examinandos possam ser apreciadas pelos examinadores envolvidos.

profissão, do *controlo interno da Administração* de decisões de exame, deve o *legislador* regular um correspondente procedimento de controlo interno da Administração. Para tal, serve o já habitual recurso administrativo (*Widerspruchsverfahren*) que precede o recurso contencioso. Até à criação das normas legais necessárias, a Administração deve, para satisfazer ao máximo as exigências dos direitos fundamentais (Art.º 12 I GG) e, nos limites das suas possibilidades, proporcionar ainda durante o recurso contencioso a possibilidade de uma *reflexão* (*Überdenken*) da decisão de exame pelos examinadores envolvidos. Isto deve acontecer de tal modo que a Administração, a requerimento do examinando, proporcione um controlo interno administrativo autónomo do processo contencioso.

- 3) Por outro lado, subsiste a necessidade de uma regulação normativa (*rechtssatzförmiger Regelung*) também relativamente à estruturação do procedimento de exame (elaboração da prova), incluindo o procedimento de valoração das respostas (*Verfahren der Leistungsbewertung*), na medida em que estas (p. ex., relativamente ao meio para atingir a maior justiça possível da valoração) possam ser relevantes para uma protecção efectiva dos direitos fundamentais (NVwZ 1993, 684);
- 4) Só deste modo pode o Parlamento democraticamente eleito, enquanto legislador, ser justo na sua responsabilidade pelo bem comum, com observância dos direitos fundamentais.

As razões destas exigências de procedimento são evidentes, pois se os tribunais devem controlar o próprio conteúdo das decisões de exame é lógico que a garantia de correcção destas decisões seja aperfeiçoada.

e) Direito do examinando à «margem de resposta»

Na sequência da sentença do BVerfG de 17.4.1991, veio o BVerwG em duas sentenças de 25.2.1993 reconhecer — depois de recordar que no que concerne a exames relativos ao exercício da profissão — que o examinando tem, com base no seu direito fundamental à liberdade de profissão (art. 12 I GG), um direito a uma *protecção jurídica efectiva*, e goza de uma «*margem de resposta*» (*Antwortspielraum*), de modo que uma resposta «*sustentável*» («*vertretbar*») não deve ser avaliada como falsa.

Porém, sobre esta «*margem de resposta*» (*Antwortspielraum*) do examinando devemos destacar especialmente o ac. do OVG NW de 21.5.1992 (DVBl. 1993, 58 ss.). Estavam em causa duas respostas dadas num exame de «resposta de escolha múltipla» (na área da medicina) em que, segundo o recorrente, não obstante não ter acertado nas respostas «oficialmente» certas, acertou em respostas que segundo uma parte da doutrina eram certas. O OVG NW, começou por fazer referência expressa às já referidas sentenças do BVerfG de 17.4.1991, de onde concluiu que «*também no direito de exame existe um direito do cidadão a um controlo jurisdicional materialmente eficaz*» (*Anspruch des Bürgers auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle*) (cit. p. 59). Daqui resulta, diz o tribunal, o *dever fundamental dos tribunais exercerem um controlo pleno dos actos administrativos impugnados nas perspectivas jurídica e material* («*die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig zu überprüfen*»). E prossegue: «*Para evitar uma distorção dos padrões de valoração e uma violação do princípio da igualdade, isto é, todavia, apenas válido com a limitação de que deve ser concedido ao órgão examinador uma margem de valoração no que concerne às valorações específicas de exame*» (*prüfungsspezifischen Wertungen*). Para concluir: «*No entanto, esta margem de valoração (Bewertungsspielraum) deve ser limitada tendo em vista a garantia da protecção jurídica efectiva*. Tratando-se, como aqui, de um exame de relevância profissional (*berufsbezogene Prüfung*), o controlo jurisdicional subsistente deve ser adequado, apropriado e orientado a uma protecção da liberdade de profissão plenamente eficaz («*wirkungsvollen Schutz der Berufsfreiheit zweckgerichtet, geeignet und angemessen gerichtliche Kontrolle*»).

Depois desta análise, o OVG NW extraiu as conclusões relativas ao controlo jurisdicional do procedimento de resposta de escolha múltipla (*Anwort-Wahl-Verfahren*):

- 1) Em primeiro lugar, os tribunais devem controlar se o órgão examinador observou as necessárias exigências normativas. Por exemplo, no que concerne aos exames de medicina, diz o § 14. II ÄAppO que as tarefas (perguntas — *Aufgaben*) devem possibilitar resultados de exame seguros. Esta exigência jurídica só estará satisfeita em testes de resposta múltipla quando:
 - as respostas sejam inteligíveis (*verständlich*), congruentes (*widerspruchsfrei*) e inequívocas (*eindeutig*); e,

- as respostas correspondam ao esquema de resposta em causa, de modo que o examinando possa esperar que em cada grupo de perguntas uma só resposta seja certa, sendo as demais (neste caso, quatro) falsas.

Um questionário que não reúna estas características viola as normas de procedimento e está por isso juridicamente viciado. A questão de saber se existe ou não um erro no questionário pode ser esclarecida no processo contencioso, com o auxílio de especialistas.

- 2) Em segundo lugar, as próprias decisões sobre a correcção técnico-científica (*fachwissenschaftliche Richtigkeitsentscheidungen*) não estão totalmente excluídas do controlo jurisdicional (a levar a cabo se necessário com o auxílio de especialistas), quando, embora o questionário seja inequívoco e formalmente sem qualquer vício, o examinando considera errada a opinião do examinador e por isso não aceita a solução «oficial». No caso da questão ser técnico-cientificamente controversa, deve seguir-se o seguinte caminho:
 - Reconhecer aos examinadores, em caso de dúvida, uma «*margem de decisão*»;
 - No entanto, deve ser reconhecido ao examinando uma *adequada margem de resposta* («*engemessener Antwortspielraum*») «*porque uma tomada de posição sustentável baseada em bons motivos sobre uma questão técnica controversa não deve conduzir a desvantagens profissionais só porque uma comissão examinadora tem uma opinião diferente da do examinando*» (*weil eine mit guten Gründenvertretene Stellungnahme in einer umstrittenen Fachfrage nicht zu beruflichen Nachteilen führen darf, nur weil ein Prüfungsgremium anderer Ansicht ist als der Prüfling*). Por conseguinte, prossegue o tribunal, é suficiente que a resposta assinalada vá ao encontro de «reconhecimentos seguros» (*gesicherten Erkenntnissen*) já publicados na literatura da especialidade antes do exame e que em condições normais (*Regelfall*) fossem acessíveis, sem dificuldade especial, aos candidatos da respectiva classe de exame (*Prüfungsabschnitt*).
- 3) Em terceiro lugar, tratando-se de decisões sobre o grau de dificuldade das perguntas formuladas, os órgãos examinadores têm, pelo

contrário, uma *margem de valoração* (*Bewertungsspielraum*). Ao tribunal resta aqui apenas, em geral, controlar se a decisão tomada a este respeito sai dos parâmetros de modo a se apresentar aos técnicos em geral como insustentável (*daß sie Fachkundigen als unhaltbar erscheint*).

d) Limites do actual controlo jurisdicional das «decisões de exame»

A jurisprudência do BVerfG de 17.4.1991 representou pois um rude golpe na *doutrina da margem de apreciação* ⁽¹⁰⁾, *margem* esta que não desapareceu por completo, mas que se apresenta agora de forma muito mais limitada. O *status quo* que marca a nova jurisprudência dos tribunais administrativos alemães encontra-se sintetizado na seguinte passagem do ac. do BVerwG de 9.12.1992 (NVwZ 1993, 677 ss. — 778):

⁽¹⁰⁾ No fundo, diz BECKER, já era um escândalo que no direito de exame não vigorasse um princípio de valoração do conteúdo *proibindo que o certo venha a ser valorado como errado* (P. BECKER, NVwZ 1993, 1129). Por isso, fala o autor, depois das célebres decisões do BVerfG de 17.4.1991, num «salto qualitativo no direito de exame». Diz o autor, criticando a jurisprudência anterior, que em numerosas questões de resposta múltipla (*Multiple-Choice-Fragen* ou *MC-Prüfungsverfahren*) era palpável a injustiça do não reconhecimento do princípio acima formulado (cit. p. 1129). Sugestivamente, escreve o autor: «por isso, a vaga ameaçadora do contencioso de exame só pode ser evitada se as decisões de exame não só forem boas, mas também bem fundadas, ganhando assim aceitação» (cit. p. 1129 s.). E, acrescenta: «a consecussão de aceitação deveria ser em geral o *leitmotiv* sob o qual devem ser apreciadas as afirmações do tribunal constitucional. Isto orienta o olhar automaticamente para a preparação e a execução do procedimento de exame» (p. 1130). «Examinar não é exercer um quarto poder do Estado segundo o padrão da antiga sabedoria chinesa do Estado» (o autor cita WERNER, DVBl. 1952, 339). E, prossegue: «Um tal entendimento corresponderia à situação em que o examinando não teria qualquer direito de apresentar eficazmente queixas contra a sua nota final, em que o tribunal teria de aceitar a afirmação do examinador como a única opinião materialmente correcta. Este estado de coisas deve ser alterado. O primeiro grande passo qualitativo foi dado pelo BVerfG nas suas já citadas decisões de 17.4.1991, ao tomar o acto de examinar essencialmente como uma espécie de actividade de medição» (*Art des Messens*). Cumpre assinalar que certos autores, como SEEBASS, têm procurado dar pouca relevância à referida evolução jurisprudencial. No entanto, a grande generalidade da doutrina aderiu sem reservas às inovações propostas pelos tribunais. Segundo SEEBASS (NVwZ 1992, 609, 611), os acórdãos do BVerfG de 17.4.1991 não significaram uma recusa da sua tradicional jurisprudência de aceitação da figura da «*margem de apreciação*», mas apenas algum *estreitamento das suas fronteiras*.

«A valoração dos trabalhos de exame só pode ser controlada nos limites exigidos pelo BVerfG se os motivos que condicionaram o examinador puderem ser suficientemente descortináveis. Tal só é possível a partir dos fundamentos de que o examinador se serviu para chegar ao resultado da sua valoração. Certamente que o tribunal não deve, ele próprio, proceder à valoração do trabalho de exame; isto não é permitido especialmente devido à parcialmente sobrevivente *margin de apreciação* (*teilweise verbleibende Beurteilungsspielraum*) a favor dos examinadores (BVerfGE 84, 34 [52]=NJW 1991, 2005). No entanto, este espaço de actuação é violado, isto é, deverá haver correcção jurisdicional, quando o órgão administrativo cometeu vícios de procedimento, desconheceu direito aplicável, partiu de uma situação de facto errada, violou padrões de valoração de aplicação geral, ou se deixou orientar por considerações estranhas. A decisão de exame deve também ser anulada no caso de uma resposta (solução) técnica sustentável e suficientemente fundamentada com argumentos relevantes vir a ser considerada falsa (BVerfGE 84, 34 [55]=NJW 1991, 2005). A questão de saber se a valoração do trabalho de exame se contém neste espaço de actuação e se em geral não padece de vícios é uma questão que só pode ser respondida com base na fundamentação do acto de atribuição da nota. Por outro lado, também a questão de saber se deficiências do tipo referido se podem reflectir no acto de atribuição da nota e no resultado do exame, o que é pressuposto da legitimidade de uma correcção jurisdicional da decisão de exame (BVerfGE 84, 34 [55]=NJW 1991, 2005), só pode ser, em regra, averiguado se estiver fundamentada a razão pela qual o trabalho recebe esta valoração».

E, prossegue:

«De igual modo, o interessado que considera injustos os resultados do exame e a quem o BVerfG (BVerfGE 84, 34 [55]=NJW 1991, 2005) reconheceu um *direito* — decorrente da Constituição — à *reflexão da decisão de exame* só tem a possibilidade de fazer valer possíveis objecções e especificá-las na forma exigida se houver uma *fundamentação*. O examinando só pode indicar eficazmente erros ou vícios jurídicos e assim conseguir uma reflexão de decisões que estão para ser ou já foram tomadas se puder *apreciar nos princípios as razões que estiveram na origem da valoração do examinador*. Isto só é possível quando por exemplo o examinando conhece os critérios que foram adoptados na atribuição da nota e como a aplicação destes critérios, nos seus pontos essenciais, conduziu ao resultado da valoração e não quando apenas conhece a nota. Fundamentalmente, isto

só é realizável na base da fundamentação da valoração ou de eventuais comentários de correcção, que são parte integrante da fundamentação. Normalmente não estão ao alcance do examinando outras fontes de reconhecimento que permitam a recondução aos raciocínios do examinador» (p. 678 s.).

Depois de reconhecer expressamente que segundo a sua jurisprudência tradicional nada obrigava o examinador a fundamentar as suas decisões de exame, o BVerwG concluiu que da *garantia de efectiva protecção jurídica* (art.º 19 IV GG) e do princípio do Estado de Direito (art.º 20 III GG) resulta uma exigência de fundamentação das decisões de exame. Alterada deve também ser a jurisprudência tradicional que sustentava, com base na independência do examinador, que as apreciações de valoração (*Bewertungshinweise*) e os votos do examinador deviam ser pela sua natureza mantidos em segredo. Agora, reconhece expressamente o BVerwG que o interesse, protegido pelos direitos fundamentais, do examinando numa garantia de controlo jurisdicional *a posteriori*, nos termos acima referidos, tem primazia sobre eventuais interesses do examinador em guardar segredo das razões que estiveram na origem da sua valoração no interesse da sua independência. Por outro lado, *a fundamentação da valoração deve ser escrita*. Isto é imposto pela *função de garantia e de clarificação da fundamentação*. A fundamentação escrita é especialmente exigível a fim de possibilitar ao examinando a reconstituição do pensamento do examinador de modo a permitir-lhe suscitar eventuais objecções. A fundamentação escrita é pois pressuposto de um controlo jurisdicional materialmente eficaz.

A fundamentação do examinador deve, pela sua natureza, ser feita de tal modo que o direito do examinando a apresentar eficazmente objecções resulte tão garantido como o direito ao controlo jurisdicional do procedimento de exame, com respeito pela *margem de valoração* do examinador. Decisivo para a determinação das exigências que devem ser feitas ao conteúdo e ao alcance de uma fundamentação é que deve ser possível ao examinando e aos tribunais a reconstituição do percurso fundamental do pensamento que conduziu o examinador à valoração final. Não se exigem todos os pormenores, mas apenas os pontos que decisivamente conduziram ao resultado, os factos e os padrões gerais ou especiais de valoração adoptados pelo examinador e o pensamento técnico-científico em que assenta. Sem tais dados teria de ser recusado o controlo jurisdicional da questão de saber se o examinador cometeu um erro de valoração juridicamente relevante, susceptível de se reflectir na atribuição da nota.

Do examinador não se exige nada de impossível pelo facto de ele ter de fundamentar, pelo menos de forma sucinta, a sua valoração nos aspectos essenciais (BVerwG, Buchholtz 421.0). A exigência de fundamentação é feita, aliás, também no seu próprio interesse, pois deste modo é evitada a acusação de não ter manifestamente considerado aspectos que pela natureza das coisas eram relevantes para a valoração (défice ilegal de valoração — *rechtsfehlerhaftes Bewertungsdefizit*).

Devemos igualmente ter em consideração que as notas de exame não devem ser apreciadas isoladamente, mas no seu «sistema de relação», sistema este que é influenciado pela *experiência pessoal* e pela *ideologia* do examinador. Por outro lado, não se deve perder de vista que as considerações complexas que fundam uma decisão de exame não são em regra apreensíveis (BVerfGE 84, 34 [54]. Por este motivo, não devem ser feitas exigências exageradas no que concerne ao conteúdo e ao alcance da fundamentação. Deve pois concluir-se que a valoração de um trabalho de exame deve ser fundamentada de forma clara, embora sucinta (BVerwG, NVwZ 1993, 679), contanto que estejam preenchidos os critérios adoptados, de modo a permitir a reconstituição do *iter da ideia fundamental* do examinador. Isto é válido especialmente para o dever de fundamentação do revisor do exame. No caso do revisor ser da mesma opinião do primeiro avaliador, não é necessária a repetição completa dos fundamentos «com outras palavras», mas apenas um «concordo com a classificação atribuída». O revisor só terá de fundamentar clara e suficientemente naquilo em que se desvie da primeira apreciação.

Por outro lado, um vício de procedimento deve conduzir à anulação da classificação se esse vício for *essencial* e a sua influência sobre o resultado do exame não estiver excluída (BVerfG 84, 34 [55]. A deficiente ou falta de fundamentação constitui um vício que em princípio se reflecte na valoração global (nota final). Só assim não será, se após a reparação da falta ou deficiência de fundamentação surgida na sequência de uma reclamação, a valoração final se mantiver.

Tem-se por vezes sustentado que a revisão de uma prova de exame deve ser feita por um examinador diferente daquele que procedeu à primeira apreciação. A nova jurisprudência alemã, tanto constitucional como administrativa, também se pronunciou sobre esta questão.

Segundo o BVerfG (BVerfGE 84, 34 [47], decisivo é que o cidadão em causa tenha a possibilidade de eficazmente chamar a atenção para supostos erros e vícios jurídicos e possa assim conseguir uma reflexão

sobre uma decisão que está para ser ou já foi tomada. Segundo o BVerfG, nada há a opor que o próprio examinador seja integrado no controlo da sua decisão. «No procedimento administrativo não é jurídico-constitucionalmente exigível que a reapreciação seja feita por uma outra (neutral) instância de controlo (BVerfG E 84, 34 [47]). Segundo o BVerfG, decisivo é que o examinando tenha o direito de apresentar eficazmente objecções contra a sua nota final. Esta garantia subsiste mesmo quando o primeiro apreciador da prova procede à reapreciação com fundamentação. Esta posição do BVerfG tem vindo a ser seguida pelo BVerwG, como resulta da seguinte passagem do seu acórdão já citado de 9.12.1992 (NVwZ 1993, 680):

«O direito federal não se opõe a que o mesmo examinador proceda à reapreciação da prova. Só a circunstância do examinador ter de proceder a uma nova apreciação do texto, por exemplo porque a sua primeira decisão foi impugnada junto do tribunal por estar supostamente viciada, não permite a conclusão de que ele seria de ora avante "suspeito". Em favor da prevalência do *princípio da reapreciação pelo mesmo examinador* podemos invocar que o procedimento de exame deve ser estruturado de tal modo que todos os participantes no exame tenham, na medida do possível, as mesmas possibilidades em concorrência livre, que provem as suas capacidades em testes correspondentes e que influências diferentes na condições de realização do exame por circunstâncias estranhas à sua pessoa sejam evitadas na medida do possível (...). Segundo o *princípio da igualdade de oportunidades*, que domina o procedimento de exame, devem ser, na medida do possível, asseguradas aos examinandos condições de exame e critérios de valoração idênticos (BVerfGE 84, 34 [52]. A razão fundamental para continuar a reconhecer, embora rigorosamente limitado (*wenngleich eng eingegrenzt*) um *espaço de valoração* (*Bewertungsspielraum*) consistiu, segundo o BVerfG, no facto do examinador ter de partir no seu juízo valorativo das *estimativas e experiências* (*Einschätzungen und Erfahrungen*) que desenvolveu no decurso da sua *praxis* de exame, em exames semelhantes e que aplica de forma genérica (BVerfG 84, 34 [51]): *O princípio da igualdade de oportunidades é pois melhor salvaguardado se a necessária reapreciação for levada a efeito pelos mesmos examinadores*, tendo assim por base as mesmas *estimativas e experiências* (*Einschätzungen und Erfahrungen*) que foram aplicadas para os demais examinandos» (os sublinhados são nossos).

e) Recusa da margem de apreciação quando esta colida com os direitos fundamentais.

Uma afirmação fundamental da *Mutzenbacher-Entscheidung*, diz respeito à *intensidade do controlo* jurisdicional da actuação da Administração. O BVerfG reconhece ao *legislador* uma ampla prerrogativa de estimativa (*Einschätzungsprärogative*) relativamente à questão de saber se os escritos literários podem ter um efeito altamente perigoso para a juventude (§ 6 GjS). Porém, o mesmo tribunal submete a decisão administrativa da *Bundesprüfungsstelle*, especialmente a ponderação que deve ser feita entre *liberdade artística* e *protecção da juventude*, a um *controlo jurisdicional total*, alterando assim a sua tradicional (desde 1971) jurisprudência da «*margem de apreciação*» (*Beurteilungsspielraum*). Efectivamente, conclui o BVerfG na sentença referida:

«Estas exigências de exame resultantes do artigo 5 III 1 GG (liberdade artística) vinculam não apenas a *Bundesprüfungsstelle*, mas também os tribunais. É possível e necessário um controlo jurisdicional das valorações aqui exigidas. *Os tribunais não devem atrofiar o controlo* da questão de saber se a *indiciação* (para causar perigo para a juventude) é compatível com a *liberdade artística*, de modo que isso signifique o reconhecimento a favor da *Bundesprüfungsstelle* de uma «*margem de apreciação*» (*Beurteilungsspielraum*) controlável apenas limitadamente. Isto não seria compatível com o comando resultante directamente do artigo 5 III 1 GG, segundo o qual os bens (jurídicos) de categoria constitucional que estejam em conflito com a Constituição devem ser postos em concordância com esta» (BVerfG, ac. de 27.11.1990, NJW 1991, 1474).

Da passagem referida merece ser destacado o facto do *comando da concordância* (prática) se apoiar nos próprios direitos fundamentais. O BVerfG retira directamente do artigo 5 III 1 GG a medida do controlo jurisdicional. *Se a ponderação óptima da liberdade artística não está garantida sem o controlo pleno do conteúdo, então não pode haver lugar a qualquer margem de apreciação em caso de colisão de direitos fundamentais*. Assim, perde validade o principal argumento do BVerwG (que entretanto mudou de jurisprudência) para admitir o *Beurteilungsspielraum*: nem a *insustentabilidade* ou o *carácter altamente pessoal* da formação de uma opinião em júris colectivos, nem sequer o *carácter valorativo-prognóstico*

podem dispensar o tribunal administrativo de um controlo potencialmente pleno, com base em averiguações próprias e com a ajuda de especialistas, colocando a sua decisão na «*margem de manobra*» da *Bundesprüfstelle*. Também a especial composição da *Bundesprüfstelle* não conduz, do ponto de vista jurídico-constitucional, a qualquer espaço livre do Executivo. Deste modo, o BVerfG dá primazia à protecção de direitos fundamentais relativamente às apreciações pragmáticas da Administração. No caso em apreço, verifica-se ainda mais uma razão para a recusa da «*margem de apreciação*». Efectivamente, na sua célebre decisão de 11.5.1976 o BVerfG (E, 42, 143, 148) desenvolveu o critério da «*intensidade da intervenção*» como padrão flexível para a intensidade de controlo por tribunais especializados e pelo próprio tribunal constitucional: *Quanto mais intensamente for atingido um direito fundamental, tanto mais intensivo é o direito ao controlo jurídico-constitucional de decisões administrativas e judiciais*. Este princípio, que durante tanto tempo o BVerfG aplicou quase exclusivamente ao controlo de decisões dos tribunais civis, e especialmente penais, veio agora com a *Mutzenbacher-Beschluß* a ser aplicado no controlo da Administração. Segundo o BVerfG, já estamos perante uma «*intervenção intensiva*» (*intensiver Eingriff*) quando uma decisão no caso concreto tem um efeito tal que pode reduzir a possibilidade de fazer uso do direito fundamental em causa. Para o BVerfG, este foi o caso da *Mutzenbacher-Beschluß*, razão pela qual ele procedeu a um *controlo total*. A *intensidade de intervenção* não é pois apenas atributiva de competência, mas também um *padrão material do controlo jurisdicional da Administração*. Por conseguinte, como justamente concluiu SCHERZBERG (*Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität"*, 1989, p. 275 s., 279), *da intensidade da intervenção segue-se a intensidade do controlo (aus der Eingriffsintensität folgt die Nachprüfungsintensität)*.

Se a «*apreciação global*» (*Gesamtabwägung*) dos bens jurídicos em colisão recai sob o controlo total do tribunal, o mesmo acontecerá com a apreciação concreta do perigo para a juventude, não restando qualquer espaço livre à Administração (neste sentido também GEIS, NVwZ 1992, 29 ss.).

Finalmente, interessa sublinhar que a *relevância jurídico-fundamental*, o *princípio da optimização* e a *intensidade da intervenção* não são específicos da garantia de liberdade artística. Por isso, as conclusões a que chegou o BVerfG na *Mutzenbacher-Beschluß* devem ser aplicadas para além

do âmbito destas matérias e os padrões de controlo desenvolvidos naquela sentença devem ser tomados como *padrões materiais da intensidade do controlo: quanto mais elevada for a afectação individual de direitos fundamentais, tanto menor será o espaço para a actuação administrativa livre de controlo*.